

O PROBLEMA DA VONTADE POSSESSÓRIA (*BESITZWILLE*)

José Carlos Moreira Alves^(*)

A vontade possessória (Besitzwille) e o direito comparado: Análise do instituto em face do direito brasileiro.

Para se compreender exatamente o problema da *Besitzwille* no direito alemão a fim de examiná-lo em face do direito brasileiro, é indispensável que se façam as distinções que se seguem.

Quer a posse seja um direito quer seja ela um fato (e, em si mesma, como acentuamos anteriormente, será um estado de fato), a questão da capacidade de fato do possuidor só importa para os momentos da aquisição e da perda dela. A persistência da posse, qualquer que seja sua natureza jurídica, independe dessa capacidade. Com efeito, sendo ela considerada um direito, sua permanência, uma vez adquirida, independe, como sucede com qualquer direito, da capacidade de fato de seu titular. Na Áustria, em que a posse é tida como um direito (o § 308 do Código Civil austríaco a coloca entre os direitos reais sobre as coisas)¹, preceitua o § 352 da mesma codificação, como consequência lógica dessa premissa: “A ausência do possuidor ou a incapacidade que sobrevém de adquirir uma posse não fazem cessar a posse já adquirida”². Comentando esse dispositivo, *Schey*, que o coloca em ligação com o § 310 (que declara “que as pessoas que não têm o uso da razão não podem, por si mesmas, adquirir a posse, podendo-o, porém, os menores que já ultrapassaram os anos da infância”), acentua: “Que as pessoas, que caem em incapacidade de fato duradoura (os doentes mentais) assim como as crianças de menos de sete anos, não perdem a posse já adquirida, é dito expressamente no § 352”³. Não se trata — como pretendia *Randa*⁴ — de uma singularidade do direito positivo austríaco, porque, sendo elemento da posse a vontade possessória (*Besitzwille*), a posse deveria cessar quando o possuidor não mais a pudesse ter. Ain-

(*) Ministro do Supremo Tribunal Federal e Professor da Universidade de Brasília.

da para os que consideram que a posse seja um fato e seguem a concepção subjetiva da posse, sua permanência independe da capacidade de fato. O estado de fato em que se consubstancia a posse não exige vontade contínua que reproduza ininterruptamente a vontade que lhe deu início. Assim já era no direito romano, em que a posse não cessava por perda da razão (os textos são expressos em dizer que a posse anteriormente iniciada persistia, não obstante a loucura superveniente do possuidor)⁵, e isso porque, como acentuam dois fragmentos atribuídos a *Paulo*⁶, a posse só se perdia por ato contrário ao inicial, e, portanto, com relação à vontade possessória, pela vontade de não mais ter a coisa em sua posse. Por isso *Savigny*⁷, que é o corifeu da formulação da concepção subjetiva da posse, ao examinar a questão da permanência da *possessio* em face dos textos romanos, salienta que, para a conservação da posse, basta que haja a possibilidade de reproduzir a vontade inicial, não sendo necessário, até porque impossível, que se tenha ininterruptamente a consciência da posse (não perde a posse quem, por muito tempo, não pensa na coisa possuída ou quem se torne incapaz de ter vontade por haver sido privado da razão); essa possibilidade de reprodução só deixa de existir quando há um ato novo de vontade contrário à inicial (*animus in contrarium actus*). E arremata, dizendo que a perda da posse não resulta da ausência de vontade, mas uma vontade nova contrária à com a qual se adquiriu a posse, motivo por que, para emití-la, é necessário que o possuidor seja capaz de praticar um ato de vontade, não podendo, pois, o insano mental e a criança perdê-la desse modo⁸.

Por outro lado, tanto para a aquisição quanto para a perda da posse, a exigência, ou não, da capacidade de fato do que vai tornar-se possuidor, ou do que vai deixar de sê-lo, resulta da natureza jurídica do ato de que surge a posse ou por que ela se extingue: ato-fato jurídico, ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico.

Em se tratando de ato-fato jurídico ou de ato jurídico em sentido estrito o ato de que nasce a posse ou por que ela não é levada em consideração pelo ordenamento jurídico (e isso ocorre com relação ao ato-fato jurídico), ou, muitas vezes, o é apenas à medida que traduz a consciência do que se quer com o ato a ser praticado, vontade essa que se denomina *vontade natural* para diferenciá-la da vontade juridicamente qualificada que é exigida para a capacidade de fato. Essa vontade natural podem, ou não, tê-la os incapazes de fato (uma criança de peito não a tem, mas tem-na um menor com alguns anos de vida).

Em rigor, a concepção subjetiva da posse não pode dispensar, ao menos, essa *vontade natural* para preencher um dos dois requisitos por ela exigido: o do *animus*. Por isso, para permitir que o incapaz inicie a posse, admite ela que sejam representados pelo seu representante legal, cuja vontade supre a falta da daquele. Assim, no direito francês, que segue a concepção subjetiva, os civilistas⁹, quando se ocupam dessa questão, sustentam, por via de regra, que o *animus* exigido pela posse demanda das pessoas físicas, para possuir, pelo menos o uso da razão (capacidade de entender e querer, ou seja, *capacidade natural*), não podendo, portanto, os recém-nascidos e os loucos possuir, senão por intermédio do *animus* de seus representantes legais. Antes do Código de Napoleão, *Pothier*, invocando texto do jurista romano *Paulo*¹⁰, advertia:

“A vontade de adquirir a posse de uma coisa, sendo absolutamente necessária para adquiri-la, acarreta a consequência de que as pessoas que não têm o uso da razão, tais como os loucos, os insanos e as crianças, e que são por isso incapazes de vontade, são incapazes de adquirir por eles mesmos a posse de qualquer coisa”¹¹.

e, depois de observar que “o que foi dito do menor *impúbere* não se deve entender senão do que está na idade da infância; de outro modo se deve entender quando o *impúbere* tem idade suficiente para compreender o que faz”¹², concluía:

“Com relação às crianças e aos loucos, que são incapazes de vontade, não podem eles, em verdade, como nós dissemos, adquirir por si mesmos a posse de uma coisa, mas podem adquiri-la por intervenção de seus tutores e curadores; a vontade que têm os tutores e curadores de adquirir para essas pessoas supre a vontade que lhes falta.”¹³

Igualmente, no direito espanhol, embora o art. 443 do Código Civil declare, genericamente, em sua primeira parte, que “os menores e os incapacitados podem adquirir a posse das coisas”, os autores são obrigados a fazer várias distinções, como o faz *Hernandes Gil*¹⁴, que observa não só que não é possível sustentar, de modo absoluto, que os incapacitados possam sempre adquirir a posse, pois não eles de ter, pelo menos, uma *vontade real* (a representação consciente do comportamento dirigido a essa aquisição), o que não se dá com o recém-nascido nem com o louco, mas também que esse dispositivo legal se restringe à posse da coisa e não se aplica aos modos de aquisição dela que exigem, por sua natureza, a capacidade de fato do adquirente¹⁵.

É, portanto, incompatível com a concepção subjetiva da posse por que se orienta o atual Código Civil português a norma da parte final de seu art. 1.266°, que reza: “Art. 1.266° (Capacidade para adquirir a posse) — Podem adquirir a posse todos os que têm uso da razão, e ainda os que a não têm, relativamente às coisas susceptíveis de ocupação”. Reconhecem-no *Pires de Lima* e *Antunes Varela* ao comentarem esse preceito, cuja razão de ser assim explicam:

“O artigo 1.266° abre uma exceção, no prosseguimento da doutrina do artigo 480° do Código anterior, para a aquisição da posse em relação a coisas susceptíveis de ocupação (cfr. arts. 1.318° e segs.), atenta a carência de qualquer situação especial de terceiro, que mereça a tutela da lei. Neste caso, nem sempre é necessário o uso da razão, o que significa que a lei dispensa a vontade e o *animus possidendi*, por se tratar de uma *res nullius*. Do simples fato material da ocupação, mesmo sem vontade, resulta, pois, a aquisição do domínio (cfr. nota ao art. 1.318°).”¹⁶

Consequentemente, para os sistemas jurídicos que adotam a concepção subjetiva da posse, a aquisição dela exige, ao menos, a *vontade natural* para que se

preencha o requisito do *animus*, o que implica dizer que não se admite que figurem, entre seus modos de aquisição, atos-fatos jurídicos, por não ser levada em consideração neles, pelo ordenamento jurídico, a vontade do agente.

O mesmo, porém, não ocorre necessariamente com a concepção objetiva da posse, se levada a suas últimas consequências, hipótese em que será possível adquirir a posse independentemente da vontade do adquirente.

Essa questão vem sendo discutida na Alemanha desde a promulgação do BGB, por haver ele repellido a orientação subjetiva que o primeiro projeto havia adotado, para acolher uma concepção objetiva em que se mesclavam elementos romanos e germânicos com predominâncias destes. Dessa mescla decorreu a adoção de uma noção amplíssima de posse, a abarcar a *posse imediata* (*unmittelbarer Besitz*) e a *posse mediata* (*mittelbarer Besitz*), sem qualquer alusão, quanto a elas, de uma vontade possessória, bem como a referir-se à posse própria (*eigener Besitz*), que exige vontade específica (a de ter o possuidor a coisa para si à semelhança do proprietário). Desde logo, a grande maioria dos civilistas alemães interpretou o sistema do BGB no sentido de que a *posse imediata* (*unmittelbarer Besitz*) era o tipo fundamental de posse, e não — como sustentava *Wendt*¹⁷ — a *posse própria* (*eigener Besitz*). Para isso, foi preciso ter a posse própria como uma espécie de posse sem maior significação para o sistema possessório do BGB, só tendo importância para a aquisição da propriedade. A propósito, dizia *Biermann*, incisivamente, no começo do século:

“O significado jurídico da *posse própria* se situa fora da teoria da posse. Ela é especialmente o fundamento para a aquisição da propriedade por meio do usucapião (§§ 900, 927, 937 e segs.), da ocupação (§ 958), da aquisição da propriedade sobre frutos (§ 955). Compare, também, § 836, § 988, § 1.220, § 1.227, e § 147 da lei de venda forçada em leilão e sequestro.”¹⁸

E, nos dias que correm, *Joost*, ao comentar a norma do BGB, relativo à *posse própria* (*eigener Besitz*) (§ 872), acentua que “para os preceitos sobre a posse é ela sem significação, pois os §§ 854 a 871 pura e simplesmente se aplicam à posse”¹⁹. Esvaziada assim sua importância dentro do âmbito possessório, a *posse própria*, que *Wendt*²⁰ identificava com a *posse plena*, passou, em verdade, a qualificar, para efeitos extrapossessórios, a *posse imediata* (expressão que, para a doutrina alemã hoje absolutamente pacífica, abarca a *posse plena* e a *direta* decorrente do desdobramento daquela), quando esta se apresenta como posse plena, ou a *posse mediata*, quando o possuidor indireto tem o *animus* por ela exigido. Dentro desse quadro, o tipo fundamental da posse — o que também atualmente se tornou incontestado — é a *posse imediata* (*unmittelbarer Besitz*) com a abrangência acima referida, e que se caracteriza pelo *poder fático* a que aludem os §§ 854 e 856 do

BGB quando tratam, genericamente, da aquisição e da perda da posse. Na interpretação do § 854, primeira parte — que preceitua que a posse de uma coisa é adquirida por meio da obtenção do poder fático sobre a coisa —, deu-se, então, a controvérsia que, de certa forma, persiste até hoje. De início, vários autores alemães sustentaram que, para a aquisição da posse pela obtenção do poder fático sobre a coisa, bastava que surgisse a senhoria de fato sobre esta independentemente até da consciência disso pelo possuidor, pois o BGB se havia orientado por uma concepção objetiva pura, que *Saleilles*, que aderiu a essa corrente, assim caracterizou no artigo “*La Théorie Possessoire du Code Civil Allemand*”, publicado em 1904:

“Sendo a posse encarada em si mesma, como um estado de fato protegido pela lei, o novo Código Civil alemão não vincula mais a aquisição da posse à existência, mais ou menos legalmente presumida, de uma vontade possessória.

Não se exige nem vontade de ser proprietário, nem sequer vontade de possuir, nem pretensão à propriedade, nem pretensão ao menos conscienciosa à senhoria econômica da coisa.

Sem dúvida, não é possível, em princípio, que se exerça uma senhoria de fato sem querer exercê-la. Pode ocorrer, entretanto, que essa senhoria seja exercida de modo que objetivamente corresponda a uma verdadeira utilização normal da coisa, sem que haja na base dessa relação possessória vontade alguma que a lei leve em conta. Isso pode dar-se com uma criança ou um demente. Se a relação de fato, que eles estabeleceram entre si e a coisa, por fato pessoal e sem outra intervenção de seu representante legal, corresponde ao que seria uma senhoria normal sobre a coisa, segundo o Código Civil alemão, eles terão adquirido a posse. Eis, portanto, a prova de que esta pode, não somente manter-se, mas adquirir-se sem que haja vestígio de *animus domini*, ainda que sob a forma mais imprecisa de *animus possidendi*.”²¹

Portanto, para essa corrente, embora a *vontade possessória* (*Besitzwille*) fosse, muitas vezes, pressuposto para a obtenção do poder fático sobre a coisa, não era, porém, requisito desta, pois, em vários casos em que se adquiria a posse, essa vontade era inexistente. Contrapondo-se a essa concepção objetiva pura, surgiu outra, que se aproximava — e, por isso, *Saleilles*, em obra posterior²², chegou a denominá-la *corrente subjetiva* dentro da concepção objetiva da posse²³ — da tese sustentada, em face do direito romano, por *Ihering*²⁴: para caracterizar e constituir a senhoria de fato em que se consubstancia a posse, exige-se um elemento intencional, pouco importando que a vontade do possuidor seja real ou presumida²⁵. Era necessário que se tivesse, ao menos, a consciência da aquisição da pos-

se, ou seja, o *Bestizbegründungswille* ou, mais simplificadoamente, *Besitzwille*, que, como se cristalizou no entendimento dessa corrente, *não precisa ser determinado com relação à coisa a ser possuída, nem juridicamente qualificado*²⁶. Assim, por não precisar essa vontade possessória de ser determinada, torna-se alguém possuidor daquilo a que se destina a receber sua caixa postal ou sua máquina automática de venda (não, porém, das cartas que não lhe são endereçadas ou das coisas para os quais o receptáculo não se destina)²⁷, e, por não ser ela juridicamente qualificada, pode o incapaz adquirir a posse desde que tenha consciência do que quer, como o que, tendo sido curado de doença mental, ainda não deixou de estar interdito, ou a criança com alguns anos de vida (não, todavia, o recém-nascido, o louco, o que delira). De outra parte, a exigência do *Besitzwille*, dessa forma caracterizado, afastava as críticas mais evidentes que se podiam fazer à concepção objetiva pura, como — o que *Segrè*, no relatório sobre a disciplina da posse no projeto de que resultou o Código Civil italiano, qualificou corretamente de *consequências absurdas*²⁸ — a de alguém tornar-se possuidor de uma bomba que inimigo seu colocara em sua casa, e, portanto, na esfera de seu poder, ou de um objeto roubado que o ladrão, para escapar do flagrante, ocultara no bolso dele.

Atualmente, persiste a controvérsia, sendo, porém, largamente dominante a corrente⁽²⁹⁾ que sustenta a necessidade do *Besitzwille* para a aquisição da posse por obtenção do poder fático sobre a coisa. Alguns poucos autores³⁰ afastam essa exigência, e procuram permanecer em plano puramente objetivo, salientando que, para a aquisição da posse pela obtenção do poder fático, basta que a coisa ingresse numa *esfera de organização* do adquirente que evidencie normalmente ser seu círculo de dominação. Mas, como reconhece *Westermann*, que é adepto dessa posição, não há muita diferença entre ela e a da doutrina dominante, “pois na maioria dos casos, à *organização* é dada uma *vontade possessória geral*”³¹, ou seja, o *Besitzwille*.

No direito brasileiro, para a aquisição da posse quando o modo de adquiri-la não requer vontade juridicamente qualificada ou não a faz surgir automaticamente de fato a que a lei atribua essa consequência, exige-se, ao menos, a vontade natural como caracterizada pela doutrina dominante na Alemanha na figura do *Bestizbegründungswille* ou *Besitzwille*. Com efeito, nosso Código Civil caracterizou o tipo fundamental de posse (que é a *posse plena*), não como o fez o BGB com o seu tipo fundamental de posse (que é a *posse imediata, unmittelbarer Besitz*) ao referir-se a *poder fático sobre a coisa (thatssächliche Gewalt)*, mas como exercício de fato dos poderes do proprietário, conceituação essa que se fez com base na teoria de *Ihering* que exige um *animus* que é a vontade exteriorizada pelo *corpus*, estando ambos indissolivelmente ligados, e admite, ademais, que essa vontade, que se consubstancia no *animus* da posse, possa parecer um ato de apropriação corpórea da coisa a ser possuída (por exemplo, na aquisição da posse sobre animais ou peixes que se deixem prender em armadilhas, ou coisas, por nós encomendadas, mas entregues em nossa residência na nossa ausência).

Notas:

- 1 — “§ 308. Dingliche Sachenrechte sind das Recht des Besitzes, des Eigentumes, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechtes” (Os direitos reais sobre as coisas são o direito de posse, de propriedade, de penhor, de servidão e de sucessão).
- 2 — “Die Abwesenheit des Besitzers oder die eintretende Unfähigkeit, einen Besitz zu erwerben, heben den bereits erworbenen Besitz nicht auf”.
- 3 — “Das Personem, die in dauernde Willensunfähigkeit verfallt (Geistskranke) sowie Kinder unter 7 Jahren den bereits erworbenen Besitz nicht verlieren, ist in § 352 ausdrücklich gesagt” (*Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Dr. Heinrich Klug, erster Band/erster Halbband*, p. 1.272).
- 4 — *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, pp. 578 e 761.
- 5 — D. 41, 2, 27 (que, como adverte Nardi, *Squilibrio e Deficienza Mentale in Diritto Romano*, p. 195, nota 1, a crítica interpolacionista moderna tem como genuíno) e D. 41, 3, 31, 4 (interpolado em parte que não importa no tocante à permanência da posse — vide Nardi, ob. cit., p. 147, nota 38).
- 6 — D. 41, 2, 8 e 50, 17, 153 (ambos tidos como parcialmente interpolados, cfe. Levy-Rabel, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, tomo III, colunas 184 e 597). Essa interpretação da necessidade do *actum contrarium* com base nesses dois textos é contestada por Riccobono (*Il Possesso*, p. 191), que sustenta que, ao contrário do que pretende Savigny (e, no mesmo sentido, se manifestava também Alibrandi (*Teoria del Possesso secondo il Diritto Romano*, n. 25, pp. 64/5), era correta a exegese dos glosadores no sentido de que ambos os fragmentos só se referiam à posse conservada *animo solo*. Já Albertario (*Corso di Diritto Romano — Possesso e Quasi Possesso*, pp. 147 e segs.) entende que esses dois fragmentos contêm um princípio que, no direito clássico, se aplicava apenas a caso particular e circunstanciado, mas foram incluídos no *Corpus Iuris Civilis* para traduzir, como princípio geral, uma inovação justinianea: como os compiladores justinianeus não mais têm a posse como um fato, mas, sim, como um direito, a disciplinam como tal, admitindo, pois, que ela só se perca quando haja a vontade de perdê-la ou quando a vontade de conservá-la seja anulada por violência alheia.
- 7 — *Das Recht des Besitzes*, § 32, pp. 354/5 — *Traité de la Possession en Droit Romain*, § 32, pp. 338/40.
- 8 — Da argumentação de Savigny se valem Foerster-Eccius (*Preussisches Privatrecht*, vol. III, § 161, II, pp. 71/2) para contraditar a afirmação de Randa aludida no texto, e defender o preceito semelhante ao do § 352 do Código Civil austríaco que se encontra no § 115 do título sétimo da primeira parte do Código da Prússia: “§ 115. Durch den Verlust der Fähigkeit, etwas zu erwerben, geht der Besitz des vorhin schon Erworbenen noch nicht verloren” (§ 115. Pela perda da capacidade de adquirir não se perde a posse anteriormente adquirida). Note-se que, no direito prussiano, embora fosse controvertido se a posse era um direito ou um fato (para Dernburg, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, vol. I, § 148, p. 329, era ela um fato, ao passo que para Foerster-Eccius, ob. cit., com base no § 134 do título sétimo da primeira parte do Código prussiano, sustentavam que era ela um direito), seguia-se a concepção subjetiva da posse, sendo o *animus rem sibi habendi* elemento dela.
- 9 — Assim, a título exemplificativo, Baudry-Lacantinerie e Tissier, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile, Della Prescrizione, con addizione di Gino Segrè*, trad. italiana, n. 216, p. 174; e Marty e Raynaud, *Droit Civil*, tomo II, 2º vol. (*Les Biens*), n. 18, p. 26.
- 10 — D. 41, 2, 1, 3.
- 11 — “La volonté d’acquérir la possession d’une chose, étant absolument nécessaire pour l’acquiescer, c’est une conséquence que les personnes qui n’ont pas l’usage de raison, telles que les fous,

les insensés et les enfants, et qui sont par conséquent incapables de volonté, sont incapables d'acquérir par eux-mêmes la possession d'aucune chose" (*Traité de la Possession, in Oeuvres de Pothier par M. Bugnet*, vol. IX, n. 44, p. 280).

- 12 — "Ce qui est dit du mineur *impubère*, ne doit s'entendre que de celui qui est dans l'âge suffisant pour comprendre ce qu'il fait" (*Ibidem*, n. 45, pp. 280/1).
- 13 — "A l'égard des enfants et des fous, qui sont incapables de volonté, ils ne peuvent pas à la vérité, comme nous l'avons dit, acquérir par eux-mêmes la possession d'une chose, mais ils peuvent l'acquérir par le ministère de leurs tuteurs et curateurs; la volonté qu'ont les tuteurs et curateurs d'acquérir pour ces personnes, supplée à la volonté qui leur manque (*Ibidem*, n. 46, p. 281).
- 14 — *La Possession*, pp. 279 e segs.
- 15 — A propósito, também salienta *Castan Tobeñas (Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, *Derecho de Cosas (Propiedad y Derechos Reales Restringidos)*, § LI, p. 446, referindo-se ao art. 443 do Código Civil espanhol:
"Apesar de sua aparente generalidade, essa regra não pode aplicar-se senão a certas formas de aquisição, como a que ocorre pela que o Código denomina ocupação material da coisa (art. 438) ou por aqueles limitados atos jurídicos que podem realizar os menores ou incapacitados (segundo sua idade e a classe de incapacidade); por exemplo, o de receber uma doação pura e simples, conforme o art. 626, a *contrario sensu*" ("Apesar de sua aparente generalidad, esta regla no puede aplicarse más que a ciertas formas de adquisición, como la que tenga lugar por la que llama el Código ocupación material de la cosa (art. 438) e por aquellos limitados actos jurídicos que pueden realizar los menores e incapacitados (según su edad y la clase de la incapacidad); por ejemplo, el de recibir una donación pura y simple, conforme al art. 626, a *contrario sensu*").
- 16 — *Código Civil Anotado*, vol. III, p. 27.
- 17 — *Besitz und Besitzwille, in Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, n. 14, p. 29 da separata.
- 18 — "Die rechtliche Bedeutung des Eigenbesitzes liegt ausserhalb der Besitzlehre. Er ist insbesondere die Grundlage für der Erwerb des Eigentums durch Ersitzung (§§ 900, 927, 937 ff.), durch Aneignung (§ 958), des Eigentumserwerbes an Früchten (§ 955). Vgl. auch § 836, § 988, § 1.120, § 1.127, Zw.G. § 147" (*Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, p. 43).
- 19 — "Für die Vorschriften über den Besitz ist sie ohne Bedeutung, da die §§ 854 bis 871 schlechthin für den Besitz gelten" (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. IV — *Sachenrecht*, § 872, p. 102).
- 20 — *Besitz und Besitzwille, in Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, n. 14, p. 29 da separata.
- 21 — "Etant que la possession est envisagée en elle-même, comme un état de fait protégé para la loi, le nouveau Code civil allemand ne relie plus l'acquisition de la possession à l'existence, plus ou moins légalement présumée, d'une volonté possessoire.
On n'exige, ni volonté d'être propriétaire, ni même volonté de posséder, ni prétention à la propriété, ni prétention au moins consciente à la maîtrise économique de la chose.
Sans doute, il n'est pas possible, en principe, que l'on exerce une maîtrise de fait sans vouloir l'exercer, ce sera l'hypothèse normale. Il peut arriver cependant que cette maîtrise soit exercée d'une façon qui objectivement corresponde à une véritable utilisation normale de la chose, sans qu'il y ait à la base de ce rapport possessoire aucune volonté dont la loi ait à tenir compte. Ce peut être le fait d'un enfant ou d'un dément. Si le rapport de fait qu'ils ont établi entre eux et la chose, par un fait personnel, et sans autre intervention de leur représentant légal, correspond à ce que serait une maîtrise normale sur la chose, d'après le Code civil allemand,

ils seront acquis la possession. Voilà donc la preuve que celle-ci peut, non seulement se maintenir, mais s'acquérir, sans qu'il y ait trace d'*animus domini*, pas même sous la forme plus imprecise d'*animus prossidendi*" (pp. 12/13).

Filiaram-se a essa corrente, na Alemanha, entre outros, *Bekker* (*Der H. Besitz beweglicher Sachen, in Iherings lahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. XXXIV, pp. 28 e segs., onde reafirma a posição anteriormente sustentada no vol. XXX da mesma revista, pp. 310 e segs., no artigo intitulado *Zur Reform des Besitzrechts*), *Strohal* (*Der Sachbesitz nach dem BGB*, na revista anteriormente citada, vol. XXXVIII, pp. 66 e segs.), *Biermann* (*Sachenrecht*, pp. 5 e segs.), *Leonhard* (*Vertretung beim Fahrnisserwerb*, pp. 69/70), *Eltzbacher* (*Die Handlungsfähigkeit nach deutschen bürgerlichen Recht*, vol. I, pp. 211 e segs.), *Breit* (*Die Geschäftsfähigkeit*, 1. Hälfte — *Grundlung*, p. 240), *Dernburg* (*Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, vol. III — *Das Sachenrecht* —, § 17, 4, p. 59) distingue a *relação possessória completa* (*vollkommenes Besitzverhältnis*), quando a *vontade possessória* (*Besitzwille*) se junta à dominação fáctica sobre a coisa da *forma incompleta de posse* (*Nebenform des Besitzes*), que é aquela em que sua aquisição se faz sem a vontade possessória (*Besitzwille*), ou seja, *sem saber e querer* (*ohne wissen und Wollen*). Essa distinção, porém — que já era criticada em 1899 por *Leonhard* (ob. cit., p. 70) —, não encontrou seguidores.

22 — *La Théorie Possessoire Objective*, in *De La Possession des Meubles*, n. 23, p. 39.

23 — Trata-se de uma corrente subjetiva dentro da concepção objetiva da posse, e não, evidentemente, da concepção subjetiva clássica dos romanistas, como adverte *Saleilles* (ob. cit., p. 40): "Tal é a teoria subjetiva sob sua forma nova, não mais no sentido da teoria clássica dos romanistas, mas como expressão das concepções realistas do direito possessório moderno, e colocada em harmonia com os textos e os trabalhos preparatórios do Código Civil alemão" ("Tel-le est la théorie subjective sous sa forme nouvelle, non plus au sens de la théorie classique des romanistes, mais comme expression des conceptions réalistes du droit possessoire moderne, et mise en harmonie avec les textes et les travaux préparatoires du Code civil allemand").

24 — Essa aproximação com a teoria de *Ihering* já a fazia *Saleilles* (*La Théorie Possessoire Objective*, in *De La Possession des Meubles*, n. 23, p. 40), ao dizer que a concepção subjetiva dos civilistas alemães, segundo a qual a vontade exigida ao possuidor não é senão a consciência do poder de fato que ele exerce, era aquela a que havia chegado *Ihering*.

25 — Entre outros integrantes dessa corrente, destacam-se *Gierke* (*Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitigen Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 4, nota 4; e *Deutsches Privatrecht*, vol. II — *Sachenrecht* —, § 115, II, pp. 228/9), *Kipp* (in *Lehrbuch des Pandektenrecht von Dr. Bernhard Windscheid*, vol. I, pp. 786/7), *Wendt* (*Besitz und Besitzwille*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur dritten Iahrbundertfeier der Lama Mater Ludoviciana*, pp. 1 e segs. da separata), *Cosack-Mitteis* (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, § 6, II, pp. 23/4), *V. Bruns* (*Besitzerwerb durch Interessensvertreter*, pp. 58 e segs.), *Zitelmann* (*Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen*, in *Iherings lahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. LXX, pp. 20/1) e *Sokolowski* (*Die Philosophie la Provatrecht*, vol. II, pp. 243 e segs.; na nota 451, a pp. 431/2, dá notícia da controvérsia na Alemanha de seu tempo). *Endemann* (*Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts*, vol. II — *Sachenrecht*, § 34, pp. 174 e segs.), que também exige a vontade possessória (*Besitzwille*), se afasta dessa corrente ao entender que essa vontade tem de ser juridicamente qualificada.

26 — Vide, a propósito, *Wolff-Raiser*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. III (*Sachenrecht*), § 10, III, pp. 38/9.

27 — Para conciliar hipóteses análogas a essa (como a da posse sob animal caído em armadilha) com a sua teoria de que a vontade possessória estava intimamente vinculada ao *corpus* que a exteriorizava, dizia *Ihering* que aí se adquiria a posse porque a vontade pode preceder à apropriação corpórea (*Der Besitz, in Iherings lahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutsche Privatrechts*, vol. XXXII, p. 77 — *Possession*, in *Oeuvres Choiesies*, vol. II, pp. 245/6).

Outra é a explicação que A. Affolter (*Willensmoment beim Besitzerwerbe*, in *Archiv für Bürgerlichen Recht*, vol. XVII, pp. 1 e segs.), que integra essa corrente subjetiva, dá para esses casos: buscando apoios em fontes romanas (principalmente no C. 7, 32, 3), sustenta que ele, quando um menor se apodera de uma coisa, entre o momento da apreensão e o em que há a *auctoritas* do tutor, fica indeterminado se a posse realmente surgiu, mas, quando há a *auctoritas* do tutor, a vontade possessória retroage ao instante da apreensão. A apreensão e a vontade não precisam ocorrer no mesmo instante. O mesmo se dá nas hipóteses como a de carta colocada na caixa postal ou de coisa entregue na residência de quem a encomendou estando ele ausente. O conhecimento posterior desses fatos retroage ao instante da colocação ou da entrega, instante esse que se tem como surgida a posse.

A explicação de A. Affolter foi severamente criticada por Kniep (*Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht*, § 15, p. 101) que a qualificou de absurda, porque uma vontade com eficácia retroativa seria uma vontade ficta, e, assim, uma não-vontade (*Nichtwille*).

- 28 — *Codice Civile — Secondo Libro — Cose i Diritti Reali — Relazione al Progetto*, p. 203.
- 29 — Entre outros, Wolff-Ruier (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. III — *Sachenrecht*, § 10, II a IV, pp. 38/9), Lent (*Sachenrecht*, § 3, IV, pp. 10/1), Schwab (*Sachenrecht*, § 4, I, c, pp. 16/7), Soergel-Butteweg (*Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. III, § 854, 2, pp. 4/5), Palandt-Bassenge (*Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 854, 2, p. 996) e Joost (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. IV — *Sachenrecht*, § 854, III, 3, pp. 961/2).
- 30 — Assim, Westermann, *Sachenrecht*, § 13, I, 2, p. 70.
- 31 — “..., da in den meisten Fällen der Organisation ein genereller Besitzwille gegeben ist” (ob. cit., § 13, I, 2, p. 70).
No mesmo sentido, vide Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 7, B, II, 2, a, p. 54.
Essa posição de Westermann é também criticada por Soergelbutteweg (*Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. III, § 854, 2, p. 4), porquanto, se se tiver por suficiente o ingresso da coisa na esfera de dominação ou de interesse, se corre o risco de que, para a delimitação desse círculo, se recorra, de novo, a um elemento subjetivo.